



**HAL**  
open science

## Le moment naturalisant du droit constitutionnel

Tristan Pouthier

► **To cite this version:**

Tristan Pouthier. Le moment naturalisant du droit constitutionnel. Tristan Pouthier. Le droit constitutionnel et les sciences de la nature, de Bacon à Kelsen, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, pp.5-15, 2018, Colloques de l'IFR, 978-2-36170-166-6. hal-02268702

**HAL Id: hal-02268702**

**<https://hal.science/hal-02268702v1>**

Submitted on 21 Aug 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# INTRODUCTION : LE MOMENT NATURALISANT DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Tristan Pouthier,

*Professeur de droit public, Université d'Orléans*

En 2015, l'Association française de droit constitutionnel a proposé comme sujet de ses journées d'études décentralisées « le droit constitutionnel et les autres sciences ». Xavier Bioy, qui co-dirigeait à l'époque l'Institut Maurice Hauriou de l'Université Toulouse 1 Capitole, m'a alors proposé d'organiser à Toulouse une journée dans le cadre de ce sujet – ce dont je le remercie. Or j'avais été frappé à plusieurs reprises, notamment au cours de mon travail de doctorat, par la puissance d'évocation d'images tirées des sciences naturelles chez des théoriciens de premier plan du droit constitutionnel, tout au moins jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle : c'est l'intuition qui a motivé la journée d'études qui s'est tenue à Toulouse le 16 octobre 2015, et le présent volume qui en est tiré.

L'objectif de la série de contributions qui va suivre est de mettre en évidence une certaine tendance des théories modernes du droit constitutionnel à aller puiser dans les sciences de la nature des instruments qui les aident à théoriser leur objet – aussi bien des modèles nouveaux pour penser les organisations sociopolitiques, que des métaphores et des ressources rhétoriques. La perspective adoptée est, qui plus est, une perspective *historique*. Le constat qui a motivé la journée d'études est que cette prédilection de la science du droit constitutionnel pour les sciences naturelles constitue un moment déterminé de cette science, qui appartient aujourd'hui au passé, et que l'on peut situer à gros traits entre le XVII<sup>e</sup> siècle et le premier quart du XX<sup>e</sup> siècle. On constate bien sur cette période une suite de tentatives théoriques – « scientifiques » serait peut-être un bien grand mot – visant à appréhender le droit constitutionnel de façon cohérente, et même systématique, à l'aide de modèles de pensée empruntés à la physique ou à la biologie. De grands théoriciens du droit constitutionnel ont pu soutenir qu'un système constitutionnel *fonctionnait comme* un système de forces physiques, ou qu'il *fonctionnait comme* un organisme vivant. Le déroulement de tentatives de cet ordre constitue la trame de ce volume. Qualifions par commodité ce moment historique de moment *naturalisant* du droit constitutionnel : moment où des juristes ont cru pouvoir inscrire leur objet propre, c'est-à-dire le droit organique de l'État, dans une conception fondamentalement unitaire de la nature et des sociétés humaines, dont la représentation était dictée par le paradigme scientifique du moment.

Ce moment historique est encadré par les figures du chancelier Bacon et de Hans Kelsen. Céline Roynier consacre une étude à Bacon, juriste chevronné, grand destructeur de la scolastique médiévale, et couramment considéré comme l'un des pères de la méthode expérimentale des sciences naturelles modernes. Un certain lien se noue dans son œuvre entre l'esprit juridique et l'appréhension moderne de la nature. Gregory Bligh replace quant à lui l'œuvre de Kelsen dans le paradigme épistémologique du « Cercle de Vienne », et montre comment ce paradigme rend inepte toute tentative d'établir des analogies entre le droit et la nature. Entre ces deux figures se

déploie le moment naturalisant du droit constitutionnel. On regrettera que la conception mécaniste de la nature n'ait pas pu occuper une place plus importante dans ce volume, étant donné sa puissance évocatrice qui a inspiré au XVIII<sup>e</sup> siècle les penseurs les plus opposés : Montesquieu et ses disciples libéraux tirèrent comme on sait de la physique mécaniste une représentation du pouvoir qui invitait à multiplier les freins et les points d'équilibres<sup>1</sup>, tandis que les montagnards y trouvèrent à l'inverse une justification à la concentration intégrale du pouvoir<sup>2</sup>. Ce sont donc les représentations biologiques du droit constitutionnel, plus typiques du XIX<sup>e</sup> siècle, qui forment l'essentiel de ce livre. Après une évocation générale par Stéphane Mouton du mystère des représentations biologiques de la constitution, Tanguy Pasquie-Briand nous invite à redécouvrir l'organicisme français du XIX<sup>e</sup> siècle, et Julia Schmitz met à nu dans l'œuvre foisonnante de Maurice Hauriou le fil rouge d'un certain « vitalisme scientifique ». Du côté des États-Unis, Maxime Tourbe met en évidence l'importance de la référence darwinienne dans la conception évolutive de la Constitution américaine théorisée par Woodrow Wilson, tandis qu'Apostolis Vlachogiannis se livre à un exercice parallèle pour ce qui est des juges de la Cour suprême. Je remercie en outre Éric Desmons d'avoir bien voulu faire la synthèse des débats.

Le regard rétrospectif sur ces diverses tentatives ne peut manquer de mettre le constitutionnaliste contemporain quelque peu mal à l'aise, car elles se situent au sein d'un univers de pensée où un certain nombre de frontières théoriques et disciplinaires ne sont pas encore bien déterminées – ou bien, lorsqu'elles commencent à l'être, ne sont pas encore regardées comme des obstacles que l'on ne saurait franchir qu'au prix du dilettantisme, de la confusion des idées, voire de l'élucubration. On ne saurait douter qu'un tel risque existe, et certaines aventures passées des juristes sur le terrain des sciences naturelles restent instructives – ainsi de Montesquieu qui, à l'appui de sa théorie des climats, entretenait le lecteur de ses expériences thermiques sur une langue de mouton ; ou de la thermodynamique sociale à laquelle Hauriou s'est essayé dans ses *Leçons sur le mouvement social*, tentative hasardeuse qui, si elle ne fut pas entièrement stérile au point de vue de la formation de ses idées, écornait tout de même sérieusement sa réputation. Il n'en reste pas moins que le recours de la théorie constitutionnelle moderne à des métaphores et à des modèles tirés des sciences naturelles de son temps constitue un indice important et digne d'être

---

<sup>1</sup> Voir, pour une étude détaillée, David WOOTON, « Liberty, Metaphor, and Mechanism : "Checks and Balances" and the Origins of Modern Constitutionalism », in David WOMERSLEY (éd.), *Liberty and the American Experience in the Eighteenth Century*, Indianapolis, Liberty Fund, 2006, en ligne sur le site de la Constitution Society ([constitution.org](http://constitution.org)).

<sup>2</sup> Voir par exemple l'effrayant rapport de Billaud-Varenne *au nom du comité de Salut public sur un mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire*, Séance du 28 brumaire an II (18 novembre 1793), *Archives parlementaires*, t. 79, p. 451-457 : « En gouvernement, comme en mécanique, tout ce qui n'est point combiné avec précision, tant pour le nombre que pour l'étendue, n'obtient qu'un jeu embarrassé, et occasionne des brisements à l'infini. Les résistances entravantes, et les frottements destructeurs, diminuent à mesure qu'on simplifie le rouage. La meilleure Constitution civile est celle qui est la plus rapprochée des procédés de la nature, qui n'admet elle-même que trois principes dans ses mouvements : la volonté pulsatrice, l'être que cette volonté vivifie, et l'action de cet individu sur les objets environnants ; ainsi, tout bon gouvernement doit avoir un centre de volonté, des leviers qui s'y rattachent immédiatement, et des corps secondaires sur qui agissent ces leviers, afin d'étendre le mouvement jusqu'aux dernières extrémités. Par cette précision, l'action ne perd rien de sa force ni de sa direction dans une communication et plus rapide et mieux réglée. Tout ce qui est au delà devient exubérant, parasite, sans vigueur et sans unité. »

étudié de l'intrication primitive, à l'aube de la modernité, entre divers domaines de la pensée qui allaient par la suite se différencier et se spécialiser jusqu'à devenir formellement étrangers les uns aux autres. Mentionnons, du plus proche (pour nous) au plus lointain, le droit constitutionnel, la théorie politique, la théorie morale, la physique, la métaphysique.

Un certain nombre d'études d'histoire des idées ont déjà mis en évidence, par exemple, le fondement commun dans l'atomisme philosophique d'une bonne partie de la théorie politico-morale et des sciences naturelles modernes – en sorte que se pose un problème classique de priorité historique, comme le note Benjamin Wiker : « La révolution scientifique et la révolution morale arrivent simultanément, ce qui nous met face à une sorte de dilemme de l'œuf et de la poule : par exemple, qui est arrivé en premier, l'atomisme de Galilée ou l'atomisme moral de Hobbes, l'atomisme de Newton ou l'atomisme moral de Locke<sup>3</sup> ? » Remarquons que, dès l'Antiquité, l'atomisme philosophique d'Épicure fut le fruit de préoccupations foncièrement morales et même religieuses, en quoi Machiavel et Hobbes se sont montrés les dignes héritiers d'Épicure, même s'ils renversèrent la doctrine antipolitique du Jardin en un constructivisme politique d'airain. On ne saurait donc minimiser l'intention profondément politique qui gouvernait la réintroduction de l'atomisme au XVII<sup>e</sup> siècle et la représentation de l'univers qu'elle a favorisé – ce que Robert J. Roecklein a appelé la « politisation de la physique », *politicized physics*<sup>4</sup>. Mais après que l'atomisme, devenu le truchement ontologique d'une représentation intégralement mathématique et quantitative de la nature, eut permis la révolution scientifique moderne, celle-ci a puissamment contribué à son tour à ancrer dans les esprits des représentations matérialistes du monde – en sorte qu'aujourd'hui encore une vague cosmologie matérialiste, estampillée de l'autorité de « la science » et « des scientifiques », constitue une sorte de position par défaut dans le débat intellectuel depuis les pages débats des journaux jusqu'aux cercles universitaires, et ce bien au-delà du seul domaine des sciences de la nature.

Le projet de cet ouvrage est donc de mettre en évidence un moment naturalisant *du droit constitutionnel*, comme il y a eu, sur la même période et pour les mêmes raisons fondamentales, un moment naturalisant de la théorie politique et morale. Ajoutons tout de suite qu'il ne s'agit en aucune manière de prétendre que *toutes* les théories du droit constitutionnel ont été naturalisantes dans la période considérée – c'est-à-dire, rappelons-le, du XVII<sup>e</sup> siècle au premier quart du XX<sup>e</sup> siècle. Mais les doctrines naturalisantes ont été en nombre suffisant pour constituer un phénomène théorique déterminé qui requiert l'analyse. Avançons, dans ce propos introductif, une tentative d'explication d'une telle prédilection de la théorie du droit constitutionnel pour les modèles théoriques naturalisants. On peut la trouver dans la mise en place au cours de la période considérée d'un cadre épistémologique général, dans lequel s'inscrit le moment naturalisant du droit constitutionnel, et qui a rendu ce moment *possible*. Plus précisément, ce moment s'inscrit au sein d'une conception fondamentale et historiquement déterminée du *rapport qui relie l'ordre des lois humaines à l'ordre de la nature*. Il s'agit alors de tenter de

<sup>3</sup> Benjamin WIKER, *Moral Darwinism. How We Became Hedonists*, IVP Academic, 2002.

<sup>4</sup> Robert J. ROECKLEIN, *Politicized Physics in Seventeenth-Century Philosophy: Essays on Bacon, Descartes, Hobbes, and Spinoza*, Lexington Books, 2014.

caractériser ce cadre épistémologique général, cette conception fondamentale du rapport entre l'ordre des lois humaines et l'ordre de la nature qui caractérise les trois siècles de notre période.

Il peut être éclairant à cette fin de la comparer avec celle qui l'a précédée, et celle qui l'a suivie. On peut dégager de façon très schématique et simplifiée trois conceptions fondamentales du rapport entre l'ordre des lois humaines et l'ordre de la nature, en allant les chercher chez trois auteurs paradigmatiques. La première conception est celle de l'intégration des lois humaines dans une cosmologie finaliste : c'est celle que l'on trouve chez Thomas d'Aquin. La seconde conception est celle de l'intégration des lois humaines dans une cosmologie mécaniste ou naturaliste : on la trouve notamment chez Montesquieu. La troisième conception distingue radicalement, et dans une perspective qui est foncièrement épistémologique et non cosmologique, l'ordre des lois humaines et l'ordre de la nature : on la trouve formulée de façon définitive chez Kelsen.

Partons donc de Thomas d'Aquin. Comment caractériser chez lui le rapport entre les lois humaines et l'ordre de la nature ? On peut se focaliser pour cela sur deux points principaux.

Premièrement, l'ordre humain et l'ordre naturel sont intégrés, on l'a dit, dans une cosmologie finaliste. Thomas d'Aquin reprend et radicalise dans un sens théologique la cosmologie finaliste d'Aristote, et structure la *Somme théologique* selon cette perspective. Dieu a créé l'univers visible et invisible, qui est en quelque sorte sorti de lui : c'est l'*exitus*. Qui plus est, tous les êtres quels qu'ils soient sont saisis dans un mouvement d'aspiration à Dieu, de retour au créateur, de *reditus*. Tout être, qu'il s'agisse d'une pierre, d'un arbre, d'une bête, d'un homme ou d'un ange, est bon dans la mesure exacte où il réalise sa nature, ou ce que Thomas d'Aquin appelle sa « plénitude d'être », et atteint en cela la fin qui lui a été attribuée par le créateur. Il y a donc chez Thomas d'Aquin, pour reprendre une expression d'Étienne Gilson, une sorte de « moralité immanente à la totalité des choses créées », qu'elles soient inertes ou vivantes, privées ou dotées d'intelligence.

Deuxièmement, la notion de « loi » est appliquée dans cette perspective cosmologique et finaliste à la totalité de l'univers par extension de l'idée de loi *humaine*. Prenons par exemple le traité des lois qui enveloppe les questions 90 à 97 de la *Prima Secundae* de la *Somme théologique*. Le dernier article de la question 90 propose au terme d'une discussion serrée une définition synthétique de la loi : c'est « une ordonnance de la raison en vue du bien commun, promulguée par celui qui a la charge de la communauté ». Ensuite seulement, dans la question 91, Thomas d'Aquin envisage les *diverses espèces* de loi, et étend la définition qu'il a donnée à l'univers entier. L'univers est vu dans cette perspective comme la plus grande de toutes les communautés, soumise à la raison d'un prince qui est Dieu. Dieu gouverne la totalité de l'univers au moyen de sa « loi éternelle », qui règle et mesure les opérations de tous les êtres, visibles et invisibles, inertes et vivants, intelligents ou privés d'intelligence, en vue de les amener à la réalisation de leurs natures respectives. Cette loi *éternelle* qui plus est, est appelée loi *naturelle* en tant que ses principes sont saisis par les créatures douées d'intelligence. Et l'application par les gouvernants des principes de la loi naturelle au monde

contingent des hommes constitue la loi *humaine*. On est ainsi redescendu de la loi éternelle de Dieu aux lois humaines diverses et contingentes qui régissent les peuples, en passant par la loi naturelle universelle dont tout homme, en tant qu'être rationnel, saisit les principes.

Ce très rapide regard sur la théorie des lois de Thomas d'Aquin nous permet de conclure quant à la conception fondamentale qu'elle révèle du rapport entre l'ordre des lois humaines et l'ordre de la nature. Aussi bien les communautés humaines que l'ensemble de la nature sont soumis à une loi suprême, qui est la loi éternelle de Dieu, et qui les oriente vers la fin ultime qui est la béatitude ou connaissance de Dieu. La spécificité de l'homme dans cette perspective est qu'il est un être intelligent qui, en tant que tel, a une *connaissance* de la finalité vers laquelle l'orientent les lois – aussi bien la loi naturelle que les lois humaines contingentes. Comme l'écrit Étienne Gilson :

« La totalité du créé, qu'il s'agisse de choses contingentes ou de choses nécessaires, est soumise à la loi éternelle, mais les êtres dépourvus de connaissance intellectuelle n'y sont pas soumis de la même manière que les êtres doués de raison. Ceux-là ne font que subir la loi divine inscrite dans la structure même de leur être, ils ne la connaissent pas ; l'homme, au contraire, n'est pas simplement soumis à la loi de Dieu, il est soumis au précepte de cette loi, c'est-à-dire à la connaissance qu'il en a ; de telle sorte que sa soumission à la loi est double : en tant qu'être naturel d'abord et, à ce titre, assujetti au gouvernement de la Providence ; en tant qu'être connaissant ensuite, et capable de participer par sa raison à une notion intérieure de cette loi divine et extérieure qui le domine. »<sup>5</sup>

Deux dimensions fondamentales du thomisme, le finalisme et l'intellectualisme, s'articulent ainsi pour former le paradigme qui nous intéresse. Dans cette perspective, la recherche des principes d'organisation des cités humaines dans l'ordre des choses physiques, c'est-à-dire de l'ordre matériel et dépourvu d'intelligence de la nature, n'a guère de sens. Si l'homme participe évidemment du règne naturel de par sa constitution animale – et le thomisme est tout sauf un dualisme –, il va de soi que les principes d'intelligence des lois humaines ne sauraient être recherchés que dans la sphère supérieure de l'intellect, qui nous permet de saisir les fins propres aux communautés humaines.

Passons maintenant à la seconde conception fondamentale que nous avons évoquée, celle qui constitue l'arrière-plan de ce volume, et que nous irons chercher chez Montesquieu. Nous nous appuyerons principalement à cette fin sur la biographie critique de Robert Shackleton, œuvre de référence qui traite de la façon la plus précise et la plus juste la question qui nous intéresse<sup>6</sup>. L'une des nouveautés les plus radicales de l'œuvre de Montesquieu réside dans la célèbre définition des lois qui ouvre le premier chapitre de *l'Esprit des lois* : « Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. » Cette définition n'a pas laissé

<sup>5</sup> Thomas d'Aquin, *Textes sur la morale*, traduction et commentaire par Étienne GILSON, avant-propos, index et guide de lecture par Ruedi IMBACH, nouvelle édition augmentée, Paris, Vrin, 2011, p. 201.

<sup>6</sup> Robert SHACKLETON, *Montesquieu, A Critical Biography*, Oxford University Press, 1961, notamment le ch. XI : « Montesquieu's Conception of Laws ».

indifférent. Le critique qui a suscité la rédaction par Montesquieu de la *Défense de l'Esprit des lois* écrivait ainsi : « L'auteur tombe dès les premiers pas. [...] Les lois, des rapports ! Cela se conçoit-il ? » De même David Hume dans son *Enquête sur les principes de la morale* en 1751, quoiqu'il soit très élogieux envers Montesquieu, se montre réticent vis-à-vis de ce qu'il appelle « la fondation de tout le droit sur des rapports ». Il s'agit à ses yeux d'une « théorie abstraite de la morale » dont il situe les origines chez deux théologiens et philosophes rationalistes, Malebranche et l'Anglais Samuel Clarke – deux auteurs dont Montesquieu connaissait effectivement très bien les doctrines. Citons encore Destutt de Tracy dans son *Commentaire sur l'Esprit des lois* paru en 1819 : « Une loi n'est pas un rapport et un rapport n'est pas une loi ».

La définition de Montesquieu dérangeait certainement pour deux raisons. La première, c'est qu'elle ne ressemblait absolument pas aux définitions des lois proposées par les grands jurisconsultes des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles comme Grotius, Pufendorf ou Burlamaqui. Ceux-ci s'en tenaient à des définitions de la loi comme règle d'action posée par le souverain. Il semble que Montesquieu soit allé chercher sa définition des lois chez des philosophes et des scientifiques, et non pas chez des juristes, ce qui a fait écrire au parlementaire Ripert de Monclar : « On trouve dans l'auteur de *l'Esprit des lois* l'homme de génie, le philosophe, l'historien ; on n'y trouve point assez le jurisconsulte, nourri des principes du droit public. » La seconde raison est que la définition de Montesquieu semblait pencher dangereusement vers des systèmes philosophiques intégralement déterministes comme celui de Spinoza. Il est indéniable à tout le moins qu'elle semble trouver sa source dans la pensée de Malebranche<sup>7</sup> – Montesquieu a été élevé chez les Oratoriens – et de Samuel Clarke. C'est ainsi par exemple que Clarke écrivait dans son ouvrage *De l'existence et des attributs de Dieu*, dont Montesquieu possédait l'édition anglaise : « Il y a donc dans la nature des choses des règles de convenance, et ces règles sont éternelles, nécessaires, et immuables. C'est ainsi qu'en pensent toutes les créatures intelligentes [...] et c'est ici, pour le dire en passant, que je trouve le vrai fondement de la morale. »

Remarquons ensuite, ce qui se concilie assez mal au premier abord avec sa définition très métaphysique des lois, que Montesquieu était un esprit foncièrement empirique, qui ne jurait que par l'expérience. Il méprisait souverainement, comme tous les hommes de son siècle, les spéculations de la scolastique, et se défiait également de l'apriorisme cartésien. C'est ainsi que, dans sa jeunesse, Montesquieu consacrait le plus clair de son temps à l'Académie de Bordeaux à traiter de sujets de sciences naturelles : mentionnons entre autres un « Discours sur les causes de l'écho » en 1718, un « Projet d'une histoire physique de la terre ancienne et moderne » en 1719, ou encore un « Discours sur la cause de la pesanteur des corps » en 1720. Le goût de Montesquieu pour l'expérience et pour les sciences naturelles, combiné avec sa représentation d'un univers qui, pour être l'œuvre d'un créateur, n'en est pas moins intégralement régi par des rapports nécessaires, nous conduit à sa conception fondamentale du rapport entre les lois humaines et l'ordre de la nature.

<sup>7</sup> Voir pour une étude détaillée Paul-Laurent ASSOUN, « Les sources philosophiques du concept de loi dans *l'Esprit des lois* : Montesquieu et le malebranchisme » in Collectif, *Montesquieu, De l'esprit des lois, la nature et la loi*, Paris, Ellipses-Marketing, 1987.

Il y a une *continuité* entre ces deux ordres ; mais cette continuité n'est plus du tout, comme chez Thomas d'Aquin, la continuité qui résulte de la tension de la totalité des choses créées vers leur créateur. La continuité entre les lois humaines et l'ordre de la nature résulte chez Montesquieu de la soumission de la totalité de l'univers à des rapports nécessaires, ceux précisément qu'étudient les sciences naturelles modernes. On comprend dès lors la propension de Montesquieu à rechercher les « lois naturelles », ou les « lois de la nature », ou le « droit naturel », non pas dans une spéculation métaphysique ou dans des considérations psychologiques, mais dans la nature de l'homme au sens le plus *matériel* du terme. Robert Shackleton a ainsi établi une liste significative de semblables lois dans l'œuvre de Montesquieu : la vie paisible, la nutrition, l'attraction sexuelle, la vie en société, la croyance en Dieu, la reproduction à un certain âge, l'accession à la maturité mentale à un certain âge, être raisonnable, l'égalité, la peur de la mort, ou encore la préservation de soi. On ne peut mieux faire ici que citer le commentaire que fait Shackleton de cette liste :

« Ces lois ne sont pas normatives. Elles sont descriptives de la condition humaine. Elles n'expriment aucune prescription, et elles sont étrangères aux conceptions ordinaires de la science du droit (*jurisprudence*). Ce ne sont pas des lois naturelles en un sens connu par Grotius, Pufendorf, Burlamaqui, ou Domat. Elles sont plus proches du concept scientifique des lois de la nature comme loi du mouvement, tel qu'on le trouve chez Descartes, chez Montesquieu lui-même, et tel que Pope l'a rendu célèbre dans son célèbre épitaphe de Newton : "La nature et les lois de la Nature se cachaient dans la nuit ; Dieu dit, *Que Newton Soit !* et tout devint lumière." »<sup>8</sup>

Le propos de *l'Esprit des lois* s'éclaire de cette manière. Les lois humaines s'expliquent par les rapports nécessaires qu'elles entretiennent à des déterminants purement physiques comme le terrain ou le climat ; elles s'expliquent également par les rapports nécessaires qu'elles entretiennent avec les lois « descriptives de la nature humaine » dont parlait Shackleton ; et Montesquieu prend ensuite ces mêmes lois descriptives pour soutenir plus ou moins explicitement, tout au long de son œuvre, qu'elles *devraient constituer*, dans une perspective normative pour le coup, la base de toute législation humaine. C'est l'inclusion résolue des lois des peuples dans un tel système explicatif de rapports nécessaires, qui monte depuis la nature brute jusqu'au monde des mœurs et de la législation (mais guère plus haut...!), qui a déterminé le moment naturalisant du droit constitutionnel.

Ne disons qu'un mot de Kelsen, dont la pensée sera traitée plus au long, et de façon bien plus compétente, dans la contribution de G. Bligh. Il est profondément significatif que le premier chapitre de la *Théorie pure du droit* soit intitulé « Le droit et la nature ». Kelsen, dans la manière néo-kantienne, y pose sa définition de la nature comme « ordre ou système d'éléments reliés les uns aux autres par un principe particulier, celui de la causalité », tandis que la société humaine est présentée comme un « ordre réglant le comportement des

---

<sup>8</sup> Robert SHACKLETON, *op. cit.*, p. 251 (je traduis).



êtres humains dans leurs relations réciproques » – ordre qui est réglé par un principe tout différent de celui de la causalité, que Kelsen appelle principe d'imputation. Les sciences naturelles étudient les phénomènes reliés entre eux par le principe de causalité, les sciences juridiques et morales étudient les phénomènes reliés entre eux par le principe d'imputation, *and never the twain shall meet*. Les questions ontologiques n'ont plus à être discutées par quiconque, même à titre préliminaire, car leur totale vanité va de soi : la distinction essentiellement épistémologique de « la nature » et de « la société humaine » est première et souveraine. La spécialisation disciplinaire et la séparation étanche des sciences interdisent désormais par définition les incursions de la science du droit en général, et du droit constitutionnel en particulier, dans d'autres domaines scientifiques. Ainsi Kelsen met-il fin dès la première page de la *Théorie pure du droit* au moment naturalisant du droit constitutionnel. La perspective de ce volume ne peut donc être qu'historique, dans la mesure où nul constitutionnaliste ne songerait sérieusement aujourd'hui à s'aventurer sur le terrain de la physique quantique ou de la biologie moléculaire pour penser le droit constitutionnel. Tout au plus a-t-on le droit de rêver qu'un jour l'ontologie matérialiste aujourd'hui masquée par des bibliothèques de littérature épistémologique, et dont les sciences naturelles sont depuis quatre siècles les gardiennes sourcilleuses, puisse enfin être librement discutée dans le débat intellectuel et scientifique, pour le plus grand bien du savoir humain dans son ensemble.